

De strafvorderlijke inbeslagneming van gegevensdragers en de vrijheid van meningsuiting en drukpers in een internationaal en rechtsvergelijkend perspectief

Citation for published version (APA):

Tomesen, L. (1995). *De strafvorderlijke inbeslagneming van gegevensdragers en de vrijheid van meningsuiting en drukpers in een internationaal en rechtsvergelijkend perspectief*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Gouda Quint. <https://doi.org/10.26481/dis.19951124lt>

Document status and date:

Published: 01/01/1995

DOI:

[10.26481/dis.19951124lt](https://doi.org/10.26481/dis.19951124lt)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 04 May. 2023

Samenvatting

1 Inleiding

In dit proefschrift wordt het spanningsveld beschreven tussen de vrijheid van meningsuiting en drukpers en het strafvorderlijke dwangmiddel inbeslagneming in een internationaal en rechtsvergelijkend perspectief. Centraal staat de vraag in hoeverre de vrijheid van meningsuiting en drukpers een belemmering vormt voor de toepassing van het strafvorderlijke dwangmiddel inbeslagneming. In de opeenvolgende hoofdstukken wordt de vrijheid van meningsuiting en drukpers en de strafvorderlijke inbeslagneming besproken in Nederland en in Duitsland, Engeland en Zweden.

Hoofdstuk 1 De vrijheid van meningsuiting en drukpers en het strafvorderlijke dwangmiddel inbeslagneming in Nederland

In het eerste hoofdstuk wordt nagegaan hoe de vrijheid van meningsuiting en drukpers is geregeld in art. 7 van de Grondwet (paragraaf 1) alsook in art. 10 EVRM en, zij het summier, in art. 19 IVBPR (paragraaf 2) waarbij uiteraard ook de relevante jurisprudentie behorende bij genoemde wetsartikelen aan de orde komt. Het doel van deze beschrijving is kennis te nemen van de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting en drukpers, immers de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting en drukpers heeft implicaties voor het strafvorderlijke dwangmiddel inbeslagneming (paragraaf 3).

Wanneer we kijken naar art. 7 van de Nederlandse Grondwet dan zien we dat de openbaringsvrijheid staat opgenomen in de Grondwet. De verspreidingsvrijheid daarentegen is rechtersrecht en onderworpen aan een ander rechtsregime dan de openbaringsvrijheid. Zo mag de verspreidingsvrijheid in tegenstelling tot de openbaringsvrijheid wel vooraf worden beperkt door bijvoorbeeld een opsporingsambtenaar. Echter dit betekent niet dat deze beperkingen zover mogen gaan dat er van dat verspreidingsrecht niets meer overblijft. De verspreidingsvrijheid wordt door de Hoge Raad in het Tilburg-arrest (HR 28-11-1950, NJ 1951, 137) immers omschreven als een 'conditio sine qua non' voor de openbaringsvrijheid. De vrijheid van meningsuiting en drukpers wordt pas effectief door de verspreiding. Beperkingen dienen dan ook 'gebruik van enige betekenis' van het verspreidingsmiddel over te laten (HR 17 maart

1953, NJ 1953, 389). Een voorbeeld van een beperking op de vrijheid van meningsuiting en drukpers is het strafvorderlijke dwangmiddel inbeslagneming. De vraag is hoe de inbeslagneming zich verhoudt met de vrijheid van meningsuiting en drukpers en meer in het bijzonder de verspreidingsvrijheid.

Op grond van art. 94 Sv is het mogelijk om voorwerpen in beslag te nemen voor het aan de dag brengen van de waarheid, ter verbeurdverklaring en ter onttrekking aan het verkeer. Bij de inbeslagneming voor het aan de dag brengen van de waarheid, die slechts tijdelijk is, kan volstaan worden met de inbeslagneming van één gegevensdrager. Tenminste als men uit gaat van het feit dat 'gegevensdragers' vallen onder het begrip 'voorwerp' in art. 94 Sv. Men legt dan het accent op het begrip 'drager'. Legt men daarentegen het accent op het begrip 'gegeven' dan komt men, zoals we in paragraaf 4.3.1 hebben kunnen zien tot een geheel andere conclusie. Zelf ben ik geneigd om het accent te leggen op 'gegevens'. Het gaat bij de inbeslagneming voor het aan de dag brengen van de waarheid om de informatie. Wil men deze informatie op dragers in beslag kunnen nemen dan zal er voor gegevensdragers, die betrekking hebben op de journalistieke werkzaamheid, een aparte regeling moeten komen die rekening houdt met de vrijheid van meningsuiting en drukpers.

Voor wat betreft de inbeslagneming ter verbeurdverklaring geldt dat in tegenstelling tot de inbeslagneming van een voorwerp voor het aan de dag brengen van de waarheid, bij de inbeslagneming ter verbeurdverklaring wordt geanticipeerd op het oordeel van de rechter. Bij een veroordeling wordt het goed definitief aan de macht van de veroordeelde onttrokken. In Nederland is de verbeurdverklaring een vermogensstraf en een bijkomende straf wat impliceert dat de oplegging facultatief is. Ook niet in beslag genomen voorwerpen kunnen worden verbeurd verklaard. Het doel van de verbeurdverklaring is niet alleen leedtoevoeging maar ook preventie. Omdat de inbeslagneming niet noodzakelijk is heeft de beslag leggende ambtenaar een grote beleidsvrijheid bij het beslissen of het voorwerp wel of niet in beslag genomen dient te worden.

Bij de onttrekking aan het verkeer daarentegen is de inbeslagneming een noodzakelijke voorwaarde. Er is minder speelruimte voor opsporingsambtenaren. Dat de inbeslagneming hier kennelijk onredelijk is zal hier minder snel worden aangegomen. Het betreft hier een typische politie- c.q. veiligheidsmaatregel ten dienste van justitie, die zich zuiver afspeelt in de sfeer van de opportuniteit. Wanneer er meerdere bijvoorbeeld vermeende staatsgeheimen of godslasterlijke geschriften of pamfletten worden aangetroffen van dezelfde soort kan inbeslagneming plaatsvinden door de politie van de gehele voorraad.

In de zaak Bluf! (HR 17-11-1987, NJ 1988, 394 en HR 18-9-1989, NJ 1990, 94) stond de publicatie van een oud kwartaaloverzicht van de BVD uit 1981 centraal. In het weekblad Bluf! nr. 267 werd dit kwartaaloverzicht afgedrukt. Toen Bluf! nr. 267 net van de pers kwam en voor verzending gereed gemaakt werd viel een politiemacht binnen bij de drukker en nam de hele oplage in beslag (art. 98 en/of 98a Sr, staatsgeheimen) in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek tegen NN. Op vordering van de officier van Justitie werd de gehele oplage van het weekblad Bluf!

van 29 april 1987 door de rechtbank te Amsterdam onttrokken aan het verkeer (vergelijk art. 36c Sr). De inhoud van Bluf! nr. 267 kon -zo werd door de officier van Justitie gesteld en door de rechtbank aangenomen- niet door de beugel; geheimhouding was, met het oog op de veiligheid van de staat of zijn bondgenoten, geboden (artt. 98 en/of 98a Sr). Bluf! tekende tegen de beschikking van de rechtbank cassatieberoep aan bij de Hoge Raad. De belangrijkste argumenten van Bluf! waren dat de drukpersvrijheid betekent dat alleen achteraf dus na publicatie (bedoeld wordt hier na openbaarmaking en verspreiding) door een strafrechter besloten kan worden dat een oplage moet worden verbeurd verklaard of onttrokken aan het verkeer. Door de hele oplage van te voren in beslag te nemen is er in werkelijkheid censuur uitgeoefend. Volgens de Hoge Raad was er helemaal geen sprake van censuur. De inbeslagneming en de onttrekking aan het verkeer waren volgens de Hoge Raad géén beperkingen die konden worden gelijkgesteld met het onderwerpen aan de voorwaarde van 'voorafgaand verlof' als bedoeld in art. 7 lid 1 van de Grondwet. Dit is juist. Er was inderdaad geen sprake van censuur. De beperking had immers niet betrekking op de inhoud maar op de verspreiding. Vervolgens stelt de Hoge Raad dat

"Tot de middelen waarmee de belangen, die de artt. 98 en 98a Sr beogen te beschermen, behoren niet alleen de strafrechtelijke vervolging en eventuele veroordeling van degenen die de in deze artikelen strafbaar gestelde feiten hebben begaan, maar ook de inbeslagneming en de onttrekking aan het verkeer volgens de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering van voor het begaan van zodanige feiten bestemde drukwerken. Toepassing van deze middelen valt te rekenen tot de bij de genoemde verdragsbepalingen toegelaten beperkingen van het in die bepaling verzekerde recht en kan niet worden gelijkgesteld met het onderwerpen aan de voorwaarde van 'voorafgaand verlof' als bedoeld in voormeld grondwetsartikel ook al wordt als gevolg daarvan het desbetreffende drukwerk met de daarin neergelegde gedachten en gevoelens niet openbaar"

(met 'niet openbaar' zal hier de Hoge Raad waarschijnlijk 'niet verspreid' bedoeld hebben). Met dit laatste dat zolang er maar geen sprake is van censuur alle inbreuken op de vrijheid van meningsuiting en drukpers geoorloofd zijn ben ik het niet eens. Immers de gedachte achter art. 7 van de Grondwet is dat inbreuken op de vrijheid van meningsuiting en drukpers slechts in beperkte mate en bij hoge uitzondering mogelijk zijn. Zo mag de verspreiding van in casu geschriften die vermeende staatsgeheimen bevatten, wel beperkt worden door de politie op grond van art. 7 Grondwet in het belang van de openbare orde of de veiligheid van anderen maar deze beperkingen mogen niet leiden tot een 'algeheel verbod'. Van een 'algeheel verbod' is sprake wanneer er geen mogelijkheid meer bestaat om de geschriften te verspreiden, bijvoorbeeld doordat een hele oplage in beslag is genomen of doordat de drukpersen en drukplaten in beslag zijn genomen. Ook de rechter mag op grond van de clausule 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' geschriften die staatsgeheimen bevatten onttrekken aan het verkeer of verbeurd verklaren zij het dat *"het in den geest der Grondwet is repressieve maatregelen, met ander woorden de strafbaarstelling*

en vervolging van drukpersdelicten op zoodanige wijze te regelen, dat niet indirect het preventieve toezicht weder insluipen", aldus minister Modderman tijdens de parlementaire behandeling van het Wetboek van Strafrecht in de Tweede Kamer. Zeker wanneer het betreft discussies over publieke aangelegenheden dient de rechter extra voorzichtig te zijn. Niet alleen omdat door de verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer van een hele oplage de bestaanspositie van bijvoorbeeld een dagblad of tijdschrift in gevaar gebracht kan worden, maar ook omdat het discussiëren over publieke aangelegenheden een basisvoorwaarde is voor een democratische rechtsorde en voor de fundering van de overige grondwettelijke vrijheden. De media nemen hier een speciale positie in. Het is haar taak om het publiek goed te informeren zodat er de mogelijkheid bestaat tot kritisch volgen van de overheid. In die gevallen waarin het niet gaat om publieke aangelegenheden zoals bij discriminatoir beledigende geschriften kan de rechter in het uiterste geval wanneer er sprake is van geweld of wanneer er een aantoonbaar verband bestaat tussen de meningsuiting en de dreigende ernstige strafbare gedraging de hele oplage verbeurd verklaren of onttrekken aan het verkeer. Er kan dan geen beroep meer worden gedaan op de vrijheid van meningsuiting en drukpers.

Het Europese Hof gaat ervan uit dat beperkingen of deze nu preventief dan wel repressief zijn, eng dienen te worden geïnterpreteerd. Volgens het Europese Hof dient een beperking 'noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving'. Dit betekent dat een 'interference' ingegeven moet zijn door een 'pressing social need' en dat er bovendien een redelijke verhouding moet bestaan tussen de zwaarte van de inbreuk en het gewicht van het belang dat met de inbreuk werd gediend ('proportionality'). Ook moeten de aangevoerde rechtvaardigingsgronden voor de inbreuk relevant en toereikend zijn. Het gaat hier niet alleen om de rechtsregel zelf maar ook om de wijze waarop die wordt toegepast. Daarbij wil het Hof ook de feiten en omstandigheden betrekken die in dit concrete geval een rol spelen. In zijn algemeenheid kun je stellen dat het Hof meer ruimte laat voor de vrijheid van meningsuiting en drukpers wanneer het gaat om discussies over publieke aangelegenheden dan wanneer dit niet het geval is. Daarbij moet een politicus meer kritiek kunnen incasseren dan een gewone burger. Het discussiëren over publieke aangelegenheden is een basisvoorwaarde voor een democratisch rechtsorde. Het is niet voor niets dat de ontvangstvrijheid uitdrukkelijk wordt genoemd in art. 10 lid 1 EVRM. Immers van communicatie is eerst sprake als de zender met zijn boodschap de beoogde ontvanger ook inderdaad bereikt. Een democratische samenleving is niet mogelijk zonder een goed geïnformeerd publiek. Om dat publiek goed te informeren is een speciale taak weggelegd voor de pers. Ook de kunstenaar heeft hierin een taak. Zo wordt in de zaak Müller door het Hof (EHRM 8 juli 1986, NJ 1987, 901) een verband gelegd tussen kunst en het publieke debat. Afhankelijk van de speciale verantwoordelijkheid van de betrokkene kan dit tot een ruimere of tot een engere interpretatie van de beperkingsmogelijkheden van de vrijheid van meningsuiting en drukpers leiden (Rapport van de Commissie van 30 september 1975, Handyside, B. 22, p. 4).

Hoofdstuk 2 De vrijheid van meningsuiting en drukpers en het strafvorderlijke dwangmiddel inbeslagneming in Duitsland

In het tweede hoofdstuk staat dezelfde problematiek centraal maar dan in een ander land namelijk Duitsland. In de Duitse Grondwet ('Grundgesetz' (GG)) wordt naast de vrijheid van meningsuiting en drukpers, in tegenstelling tot Nederland, ook de verspreidingsvrijheid en de informatievrijheid genoemd. Art. 5 GG garandeert bovendien de "*institutionelle Eigenständigkeit der Presse*". Het is de taak van de pers mensen te informeren. Dat is niet alleen het wezen van de pers maar ook het wezen van de democratie. Voor het functioneren van een democratisch systeem is dan ook een beperkt verschoningsrecht ('Zeugnisverweigerungsrecht') en een beperkt inbeslagnemingsverbod onontbeerlijk. Bij het redigeren van de inbeslagnemingsbepalingen in het Duitse Wetboek van Strafvordering ('Strafprozeßordnung' (StPO)) heeft men rekening gehouden met 'Art. 5 Grundgesetz'. In tegenstelling tot Nederland wordt er in Duitsland wel een onderscheid gemaakt tussen voorwerpen en gegevensdragers. De inbeslagneming van geschriften, geluid-, beelddragers en databanden etcetera voor het aan de dag brengen van de waarheid, die zich in bewaring bevinden bij geprivilegeerde mediamedewerkers of de redactie, een uitgever, drukkerij, 'Rundfunk', is niet toelaatbaar in die gevallen waarin het verschoningsrecht een rol speelt. De grondgedachte in Duitsland achter de 'Paragraphen 53 en 97 Abs. 5 Strafprozeßordnung' is de bescherming van de vertrouwensrelatie tussen de pers en hun informanten. Deze bescherming van de vertrouwensrelatie tussen media en hun informanten zorgt ervoor dat media-medewerkers onafhankelijk kunnen functioneren. Een voorwaarde is wel dat het moet gaan om materiaal dat van derden verkregen is. Eigen materiaal kan wel in beslag worden genomen door de rechter. Wanneer er 'Gefahr im Verzug' dreigt zijn ook de officier van Justitie en de hulp-officier bevoegd tot inbeslagneming. Er dient echter een uitzondering te worden gemaakt voor de inbeslagneming van eigen materiaal bij de redactie, een uitgever, een drukkerij of de 'Rundfunk'. Hier is alleen de rechter bevoegd. Ook als het gaat om 'Gefahr im Verzug' ('Paragraph 98 StPO Abs. 1).

Op bovengenoemde voorwaarde is veel kritiek gekomen. Immers door het verschoningsrecht niet te erkennen voor het materiaal dat een journalist zelf verzamelt, wordt het wezen van journalistieke arbeid in feite miskent. Immers een journalist verzamelt zijn informatie onopvallend en overal. Reporters en journalisten kunnen in een moeilijke situatie terecht komen wanneer zij op grond van de door het Openbaar Ministerie gevorderde medewerking worden gezien als handlangers van justitie. Gezien het feit dat in de praktijk is gebleken dat het onderscheid tussen eigen materiaal en materiaal dat van derden verkregen is niet duidelijk is te maken, valt dit onderscheid te betwijfelen.

Typerend voor Duitsland is verder dat het 'Zeugnisverweigerungsrecht' gekoppeld wordt aan een inbeslagnemingsverbod ('Paragraph 97 StPO' jo. 'Paragraph 53 StPO'). De grondgedachte in Duitsland achter de 'Paragraphen 53 en 97 Abs. 5 StPO' is de bescherming van de vertrouwensrelatie tussen de media en hun informanten.

Deze bescherming van de vertrouwensrelatie tussen de media en hun informanten zorgt ervoor dat mediamedewerkers onafhankelijk kunnen functioneren. Alleen wanneer het verschoningsrecht en het redactiegeheim gewaarborgd is, kunnen de media hun controle- en informatieve functie goed vervullen. De informatievrijheid en de grondwettelijke bescherming van de informatiebronnen tegen inbeslagneming staan in direct verband met elkaar. De 'informationsschutz' is een logisch gevolg van de in art. 5 'Grundgesetz' genoemde karakteristieke positie van de media. De taak van de media is het publiek te informeren over politieke gebeurtenissen. Door het weergeven van verschillende opvattingen wordt het voor burgers mogelijk gemaakt om kritisch te kunnen beslissen. Zij zijn "*die orientierende Kraft in der öffentlichen Auseinandersetzung.*" Aan de inlichtingenfunctie van de media kan de controlefunctie gekoppeld worden. De media zijn de "*scharfaugigen Wächter*" van de democratie die misstanden ontdekken en de openbare discussie daarover aanzwengelen of in de woorden van het Europese Hof "*the press is the purveyor of information and public watchdog*" (EHRM 25 maart 1985, NJ 1987, 900). Het begrip mediavrijheid heeft in Duitsland vooral betrekking op institutionele vrijheid. Een schrijver die een boek schrijft, een cineast die een film maakt of een groep burgers die een pamflet schrijven kunnen geen beroep doen op de bescherming die 'Paragraph 97 StPO' jo. 'Paragraph 53 StPO' bieden. Hun materiaal kan in beslag worden genomen door de rechter en wanneer er 'Gefahr im Verzug' dreigt door de officier van Justitie of de hulp-officier. Door zoals Jurgens te kiezen voor 'journalistiek materiaal' hef je bovengenoemd probleem op. Iedereen die zich bezig houdt met journalistieke arbeid kan dan een beroep doen op het verschoningsrecht en het daaraan gekoppelde inbeslagnemingsverbod.

Behalve bij de inbeslagneming voor het aan de dag brengen van de waarheid is ook bij de 'Einziehungsbeschlagnahme' het spanningsveld tussen het strafvorderlijke dwangmiddel inbeslagneming en de vrijheid van meningsuiting en drukpers op een interessante manier aangepakt. Zo wordt bij de 'Einziehungsbeschlagnahme' ('Paragraph 111m Abs. 1 StPO'), hetwelk zowel betrekking heeft op de inbeslagneming van gegevensdragers ter verbeurdverklaring als op de inbeslagneming om onbruikbaarmaking te voorkomen, net als bij de voorlopige hechtenis, uitdrukkelijk gewezen op het proportionaliteitsbeginsel. Dit omdat de inbeslagneming van een gehele oplage de economische bestaanspositie van bijvoorbeeld een drukkerij in gevaar kan brengen. Volgens 'Paragraph 111m Abs. 2 StPO' worden dan ook bepaalde delen van een geschrift waarin geen strafbare feiten staan van een inbeslagneming uitgesloten. Zo kan de inbeslagneming bijvoorbeeld tot de bijlage van een krant beperkt blijven. 'Absatz 2' laat nog verdergaande beperkingen toe in die zin dat de inbeslagneming enkele archiefexemplaren uitzondert. 'Absatz 4' van 'Paragraph 111m StPO' wil het voor de betrokkenen mogelijk maken om van zijn bevoegdheid gebruik te maken om een inbeslagneming af te wenden. Daarom is het verplicht dat een inbeslagnemingsbevel precies aangeeft welke delen van een geschrift tot inbeslagneming aanleiding geven ('Paragraph 111m Abs. 3 StPO'). De inbeslagneming kan volgens 'Paragraph 111m Abs. 4 StPO' worden voorkomen wanneer betrokkenen gebruik maken

van de mogelijkheid, om het gedeelte van een geschrift waarop de inbeslagneming betrekking heeft, niet te verspreiden of te vermenigvuldigen.

Paragraft 111n Abs. 1 StPO' geeft weer wie bevoegd zijn tot de inbeslagneming van gegevensdragers. Voor de inbeslagneming van pamfletten, boeken of bandopnamen etcetera, met uitzondering van opiniebladen, is de rechter en bij 'Gefahr im Verzug' de officier van Justitie bevoegd. De hulp-officieren zijn niet bevoegd. De verordening tot inbeslagneming dient binnen een week door de rechter te worden bekrachtigd. Voor de inbeslagneming van opiniebladen en gegevensdragers die hiermee overeenkomen is alleen de rechter bevoegd ('Paragraft 74d Strafgesetzbuch' (StGB)). Dit omdat hier de inbeslagneming van vaak tijdsgevoelige informatie grote gevolgen kan hebben voor het voortbestaan van een uitgever zeker wanneer het een hele oplage betreft.

Hoofdstuk 3 De vrijheid van meningsuiting en drukpers en het strafvorderlijke dwangmiddel inbeslagneming in Engeland

Omdat Engeland geen geschreven constitutie kent worden in dit hoofdstuk zowel de wetten besproken die van belang zijn voor het bepalen van de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting en drukpers als ook de jurisprudentie. De vrijheid van meningsuiting en drukpers bestaat in Engeland voorzover deze niet verboden is bij 'statute law' of 'common law'. Wanneer we kijken naar de 'Contempt of Court Act 1981', de 'Obscene Publications Act 1959 and 1964', de 'Official Secrets Act 1989', de 'Race Relations Act 1976', de 'Public Order Act 1986' en de 'Police and Criminal Evidence Act 1987' alsook naar de jurisprudentie dan zien we dat de reikwijdte die is toegekend aan de vrijheid van meningsuiting beperkt is. Er worden nauwelijks drempels opgeworpen tegen de inbeslagneming. De enige regeling die enigszins rekening houdt met de vrijheid van meningsuiting en drukpers is de 'Police and Criminal Evidence Act 1984'. In deze 'Act' wordt de inbeslagneming van gegevensdragers gekoppeld aan de huiszoeking. De inbeslagneming van 'excluded material', 'legally privileged material' en 'special procedure material' is met extra processuele waarborgen omkleed wanneer er sprake is van een huiszoeking. Welke waarborgen dit zijn komt hieronder aan de orde. Allereerst een nadere verduidelijking van bovengenoemde categorieën 'material'.

'Excluded materials' zijn 'personal records' of 'human tissue or human tissue fluid' of 'journalistic material'. 'Journalistic material' moet betreffen 'documents' of 'records other than documents'. Onder documenten wordt hier verstaan:

- a. geschreven stukken, een plan, tekening etcetera;
- b. een foto;
- c. een diskette, geluidsband, c.d. etcetera;
- d. films, microfilms, negatieven etcetera.

Voor alle drie de categorieën geldt dat het materiaal 'must be held in confidence'. Voor een journalist betekent dit dat het moet gaan om documenten die van derden verkregen zijn. Er moet sprake zijn van een vertrouwensrelatie tussen de journalist en een derde. Foto's gemaakt van een demonstratie vallen hier dus niet onder. Deze kunnen eventueel wel geclassificeerd worden als 'special procedure material'. 'Special procedure material' is onder andere journalistiek materiaal hetwelk niet geclassificeerd kan worden als 'excluded material', ofwel omdat het geen documenten betreft ofwel zijn het documenten maar voldoen ze niet aan de eis van vertrouwelijkheid. Voor zowel 'excluded' als 'special procedure material' geldt dat een politieagent op grond van de 'Police and Criminal Evidence Act 1984' alles in beslag mag nemen. Zij het dat de politie op grond van de 'Police and Criminal Evidence Act 1984' niets in haar bezit zal houden wanneer een foto of een 'copy' ook voldoende is ('section' 22(4)). Zo besliste de 'Court of Appeal' in de zaak 'Reynolds vs. Commissioner of Police of the Metropolis' dat de politie niet bevoegd is om grote aantallen documenten in beslag te nemen zonder aan te geven dat 'each file or bundle might reasonably constitute evidence' ((1984) 3 All ER 649, CA). Impliciet wordt op deze manier toch rekening gehouden met de vrijheid van meningsuiting en drukpers. Een uitzondering op de bevoegdheid tot huiszoeking en inbeslagneming is 'legally privileged material'. Dit materiaal, dat onder andere betrekking heeft op de 'communications' tussen een juridisch adviseur en zijn cliënt ('section' 10 (1)(a)) mag niet in beslag genomen worden.

Verder is er een speciale procedure in het leven geroepen bij de inbeslagneming van gegevensdragers tijdens een huiszoeking. Zo is bij de inbeslagneming van 'excluded material' en 'special procedure material' een 'production order' vereist die de politie aanvraagt bij de 'circuit judge'. Een 'production order' vereist van de persoon die het bewijsmateriaal bezit dat hij/zij dit materiaal aan de politie overdraagt of dat hij/zij toestaat dat een politieagent toegang krijgt tot het bewijsmateriaal. De persoon voorkomt hiermee een huiszoeking. In tegenstelling tot een 'search warrant' is een 'production order' altijd 'inter partes'. Dat wil zeggen dat je de mogelijkheid krijgt om bij de rechter te klagen tegen een voorgenomen of een reeds uitgevoerde inbeslagneming tenzij er onder een oude 'Act' vóór 1984 een 'written authority other than a warrant' nodig was om toegang te verkrijgen tot 'excluded material'. Dan behouden deze 'Acts' hun geldigheid en is een procedure niet langer 'inter partes' (zie onder andere de 'Official Secrets Act 1989', de 'Obscene Publications Act 1959 and 1964' en de 'Public Order Act 1986'). De vraag is of dit niet op gespannen voet staat met het 'fair trial' beginsel in art. 6 EVRM. Zeker nu de 'Official Secrets Act 1989', de 'Obscene Publications Act 1959 and 1964' en de 'Public Order Act 1986' niet veel waarborgen bieden voor de vrijheid van meningsuiting lijkt me dit niet zo'n goede regeling. De 'Official Secrets Act 1989', de 'Obscene Publications Act 1959 and 1964' en de 'Public Order Act 1986' zijn immers onduidelijk geformuleerd. Zij werpen nauwelijks drempels op tegen de inbeslagneming van gegevensdragers. Daar komt nog bij dat op grond van deze wetten een informeel systeem van controle is opgezet zoals het 'Services, Press and Broadcasting Committee', het 'British Board

of Film Censors' en de 'D-notices'. Op grond van dit informele systeem kunnen geschriften al gecensureerd worden voordat ze openbaar worden gemaakt en/of verspreid worden. Dit is niet alleen puur censuur het snijdt bovendien de weg af naar de rechter en is daardoor nog minder acceptabel dan de civiele procedure die vaak wordt opgestart om een publicatie te stoppen.

Hoofdstuk 4 De vrijheid van meningsuiting en drukpers en het strafvorderlijke dwangmiddel inbeslagneming in Zweden

De vrijheid van drukpers is geregeld in 'Tryckfrihetsförfordningen' (TF). Alle aspecten die te maken hebben met de vrijheid van drukpers staan geregeld in deze wet. Daarnaast is sinds 1992 de Wet op de Uitingsvrijheid ('Yttrandefrihetsgrundlagen' (YF)) in werking getreden. De YF heeft betrekking op onder andere geluidsbanden, film, video, radio, televisie. In de YF wordt uitdrukkelijk verwezen naar de TF. De inbeslagneming van gegevensdragers is niet geregeld in het Wetboek van Strafvordering maar in de TF. In de TF staan zowel de materiële als de procedurele aspecten geregeld van de inbeslagneming. Om met eerstgenoemde aspecten te beginnen. Net als in Duitsland en in Engeland wordt er in Zweden een onderscheid gemaakt tussen voorwerpen en gegevensdragers. Voor gegevensdragers gelden speciale regels. Er wordt geen onderscheid gemaakt in bescherming tussen de verschillende soorten gegevensdragers. Voor bijvoorbeeld films geldt min of meer dezelfde bescherming als voor geschriften. Deze bescherming bestaat hierin dat aan de inbeslagneming van gegevensdragers bepaalde voorwaarden worden verbonden.

Zo dient de 'justitiekansler', een speciale officier van Justitie en bevoegd om bij drukpersdelicten gegevensdragers in beslag te nemen (TF 9:2), er bij de inbeslagneming op te letten dat deze alleen betrekking heeft op exemplaren die bestemd zijn voor de verspreiding (TF 10:8). Exemplaren die aan burgers verkocht zijn of aan bibliotheken zijn gegeven mogen niet worden in beslag genomen. Exemplaren daarentegen die zich bevinden bij een drukker, uitgever of een boekhandel mogen wel in beslag worden genomen. Daarbij dient rekening te worden gehouden met het proportionaliteitsbeginsel (TF 10:6). Indien nodig is de inbeslagneming van een bepaald deel, de bladzijde of de passage voldoende. Bij de inbeslagneming voor het aan de dag brengen van de waarheid kan zelfs de inbeslagneming van één exemplaar voldoende zijn (TF 10:8, 14). In geval van misbruik van 'tryckfriheten' kunnen alle gegevensdragers in beslag worden genomen of geconfiscieerd (TF 1:3). Dit om de schadelijke gevolgen van verspreiding van strafrechtelijk verboden gegevensdragers te beperken of te voorkomen (TF 10:7, 8).

Dat de inbeslagneming van gegevensdragers bij uitgevers, drukkers etcetera, zoals we hierboven hebben kunnen lezen, wel mogelijk is is merkwaardig. Zeker nu in Zweden de geheimhoudingsplicht zo'n belangrijke rol speelt. Niemand die zich bezig houdt met drukken of uitgeven mag in Zweden de naam van de schrijver bekend maken. Bij drukpersdelicten is de beslissing over de omvang van de schuld alleen

gebaseerd op de inhoud van het drukwerk. De Zweedse TF kent een systeem van beperkte en trapsgewijze verantwoordelijkheid. Het idee achter deze beperkte vorm van verantwoordelijkheid is dat iedereen vrij moet kunnen zijn om te schrijven wat hij wil. Door het niet koppelen van de geheimhoudingsplicht aan een inbeslagnemingsverbod hol je de geheimhoudingsplicht in feite uit.

Behalve de materiële aspecten van de inbeslagneming staan ook de procedurele aspecten van de inbeslagneming opgesomd in de TF. Een van die procedurele aspecten van de inbeslagneming is de juridische procedure. Deze wijkt bij drukpersdelicten af van de reguliere juridische procedure. Drukpers- en uitingsdelicten worden aangebracht bij de arrondissementsgerechten ('tingsrätter') hoofdzakelijk in de grotere steden. Het procesverloop in een drukpers- of uitingszaak onderscheidt zich van een gewone zaak, omdat een jury meewerkt. In een proces inzake de drukpers- en uitingsvrijheid bestaat het gerecht uit een panel van 3 maximaal en minimaal 2 (zie wet van 1991:1559, 9:1) professionele juristen en een jury. De juryrechtspraak is een van de meest opvallende kenmerken in het Zweedse drukpers- en uitingsvrijheidproces. De reden om de juryrechtspraak in te voeren bij drukpers- en uitingsdelicten is dat het hier vaak gaat om delicten met maatschappelijke en politieke implicaties. Men was van mening dat het belangrijk is dat de burger in dit soort zaken zijn mening kan geven.

Hoofdstuk 5 Conclusie

1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken heb ik een samenvatting gegeven van de spanning tussen de vrijheid van meningsuiting en drukpers en het strafvorderlijke dwangmiddel inbeslagneming in de afzonderlijke rechtsorden. In dit hoofdstuk worden de verschillende rechtsstelsels met elkaar vergeleken. Daarbij wordt, omwille van overzichtelijkheid, een onderverdeling gemaakt tussen de materiële en de procedurele aspecten van de inbeslagneming voor het aan de dag brengen van de waarheid en de materiële en procedurele aspecten van de inbeslagneming ter verbeurdverklaring en ter onttrekking aan het verkeer.

2 De vrijheid van meningsuiting en drukpers en de materiële aspecten van de inbeslagneming voor het aan de dag brengen van de waarheid

Censuur is verboden. Dat staat in art. 7 lid 1 van de Nederlandse Grondwet. Dit betekent dat zowel de lagere wetgever als de formele wetgever nooit het openbaren zelf kan reguleren via voorafgaand verlof of door middel van het geven van regels met betrekking tot de inhoud van gedachten en gevoelens. Alleen achteraf, na publicatie, mag op grond van de clause 'behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de

wet' de inhoud van geschriften worden getoetst door de rechter. Met wet wordt een wet in formele zin bedoeld.

De bescherming die voor het openbaringsrecht geldt, geldt niet in dezelfde mate voor het verspreidingsrecht. Het aan het openbaringsrecht gekoppelde recht op het verspreiden van gedachten en gevoelens kan zowel beperkt worden door de formele wetgever als door de lagere wetgever. De differentiatie tussen een 'de geesteswereld betreffend' recht tot openbaren van je mening en een 'de ruimtelijke sfeer' betreffend recht tot verspreiden is door de jurisprudentie van de Hoge Raad in 1950, in het Tilburg-arrest (Hoge Raad 28 november 1950, NJ 1951, 137) gemaakt en overgenomen in art. 7 lid 1 Grondwet. Voor die tijd werd openbaarmaking als overkoepelend begrip gebruikt voor het publiceren tot en met het verspreiden van geschriften onder het publiek. Pas later dus, in het Tilburgse-drukpersarrest, brengt de rechter een scheiding aan tussen het openbaren en het in het openbaar bekend maken (verspreiden). Dit door de rechter geconstrueerde verspreidingsrecht deelt niettemin tot op zekere hoogte in de bescherming van het openbaringsrecht, daar een algeheel verbod of vergunningvereiste niet is toegestaan. In de latere jurisprudentie is de constructie uit het arrest over de Tilburgse APV verder verfijnd. Niet alleen mocht de verspreidingsvrijheid niet in het algemeen verboden of van een voorafgaand verlot afhankelijk gesteld worden, maar ook dienden de beperkingen 'gebruik van enige betekenis' van het verspreidingsmiddel over te laten (Nuth-criterium). Een voorbeeld van een beperking van de verspreidingsvrijheid is het strafvorderlijke dwangmiddel inbeslagname. De vraag is hoe de inbeslagname zich verhoudt tot de vrijheid van meningsuiting en drukpers, en in het bijzonder tot de verspreidingsvrijheid.

Op grond van art. 94 Sv is het mogelijk om voorwerpen in beslag te nemen voor het aan de dag brengen van de waarheid. Ook 'gegevens' op 'dragers' kunnen in beslag genomen worden. Er bestaat voor gegevensdragers geen aparte regeling die rekening houdt met de vrijheid van meningsuiting en drukpers.

Zo'n aparte regeling bestaat wel in Duitsland. Daar is bij de inbeslagname voor het aan de dag brengen van de waarheid een onderscheid gemaakt tussen voorwerpen en gegevensdragers. De inbeslagname van gegevensdragers voor het aan de dag brengen van de waarheid is niet mogelijk wanneer deze zich in bewaring bevinden bij een geprivilegeerde mediamedewerker of de redactie, een uitgever, drukkerij of 'Rundfunk'. Het moet dan wel gaan om materiaal van derden verkregen. Eigen materiaal mag wel in beslag worden genomen.

Wanneer we nu de Duitse situatie vergelijken met de Engelse dan valt ons allereerst op dat ook in Engeland in de 'Police and Criminal Evidence Act 1984' een onderscheid wordt gemaakt tussen voorwerpen en gegevensdragers. Een onderscheid in rechtsbescherming tussen eigen en materiaal van derden verkregen wordt daarbij niet gemaakt. De enige bescherming tegen te rigoureuze inbeslagname is het proportionaliteitsbeginsel. Zo zal de politie op grond van de 'Police and Criminal Evidence Act 1984', rekening houdend met het proportionaliteitsbeginsel, geen gegevensdrager in haar bezit mogen houden of nemen wanneer een foto of een 'copy' ook voldoende is ('section' 22(4)). In de zaak 'Reynolds vs. Commissioner of Police of

the Metropolis' besliste de 'Court of Appeal' dat de politie niet bevoegd is om grote aantallen documenten in beslag te nemen zonder aan te geven dat *"each file or bundle might reasonably constitute evidence"* (1984, 3 All ER 649, CA). Impliciet wordt dus wel degelijk bij de inbeslagneming van zowel eigen materiaal als materiaal dat van derden verkregen is rekening gehouden met de vrijheid van meningsuiting en drukpers maar men gaat niet zover om materiaal van derden dat zich bevindt bij een geprivilegeerde mediamedewerker, uitgever, drukker of radio- c.q. televisiestation uit te sluiten van inbeslagneming.

Ook in Zweden gaat men niet zover om materiaal dat zich bevindt bij een journalist, uitgever, drukker of radio- of televisiestation uit te sluiten van de inbeslagneming. Dit is vreemd nu we gezien hebben dat de geheimhoudingsplicht in Zweden zo'n belangrijke rol speelt bij de inbeslagneming voor het aan de dag brengen van de waarheid. Iedereen die zich bezighoudt met drukken en uitgeven mag immers een beroep doen op de geheimhoudingsplicht. Door geen relatie te leggen tussen deze plicht en de inbeslagneming hol je de geheimhoudingsplicht in feite uit. Waarschijnlijk heeft het achterwege laten van deze koppeling te maken met het feit dat de inbeslagneming gericht is op beperking van de verspreiding. Alleen exemplaren die bestemd zijn voor de verspreiding mogen in beslag genomen worden (TF 10:8). Dit betekent dat exemplaren die zich bevinden bij een uitgever of een boekhandel wel in beslag mogen worden genomen maar exemplaren bij een bibliotheek bijvoorbeeld niet. In beginsel is het zo dat bij de inbeslagneming voor het aan de dag brengen van de waarheid ook in Zweden de inbeslagneming van één exemplaar voldoende is (TF 10:8, 14).

Vergelijken we bovengenoemde regelgevingen met elkaar dan zien we dat de bescherming van de vrijheid van meningsuiting en drukpers in de Duitse wet het meest vergaand is. In Nederland wordt erover nagedacht om art. 94 Sv zodanig te veranderen dat er in de wet een onderscheid wordt gemaakt tussen voorwerpen en gegevensdragers. Gegevensdragers zouden dan niet in beslag genomen mogen worden *wanneer het gaat om journalistieke werkzaamheden*. Dit betekent dat niet alleen werk van journalisten niet in beslag mag worden genomen voor het aan de dag brengen van de waarheid, zoals in Duitsland, maar ook werk van cineasten, auteurs etcetera. Volgens Jurgens in zijn 'Voorontwerp van Wet op het Journalistiek Privilege' is een journalist niet langer verplicht zijn bronnen te onthullen. Zowel eigen- als materiaal van derden verkregen dient beschermd te worden. Op deze manier wordt het problematische onderscheid tussen eigen- en materiaal van derden verkregen zoals dat in Duitsland het geval is voorkomen. Door bovendien wettelijk vast te leggen dat het journalistiek privilege als uitgangspunt dient, zal de rechter, in het concrete geval, slechts bij aanwezigheid van zeer dringende reden, kunnen komen tot een inbreuk op dit recht. Inbeslagneming is dan slechts in zeer uitzonderlijke situaties te rechtvaardigen namelijk in die gevallen dat er zwaar lichamelijk letsel is toegebracht. Er kan dan geen beroep worden gedaan op het journalistiek privilege. In eerste instantie zal dan echter wel moeten worden bekeken in hoeverre de politie of justitie zelf redelijkerwijs bij machte is de gewenste informatie te vergaren. Dit

uitgangspunt stemt overeen met de geldende richtlijn van de procureurs-generaal bij de gerechtshoven van juli 1981 waarin staat dat strafvorderlijke inbeslagneming zoveel mogelijk achterwege dient te blijven opdat "*journalisten hun werkzaamheden zo goed mogelijk kunnen verrichten.*"

3 De vrijheid van meningsuiting en drukpers en de procedurele aspecten van de inbeslagneming voor het aan de dag brengen van de waarheid

Op grond van het huidige Wetboek van Strafvordering heeft de gewone opsporingsambtenaar in principe alleen speciale inbeslagnemingsbevoegdheden. Alleen wanneer zij in de uitoefening van een andere bevoegdheid een daarvoor vatbaar voorwerp aantreffen zijn zij tot inbeslagneming bevoegd. In navolging van pleidooien in de literatuur stelt de Commissie Herijking Wetboek van Strafvordering voor om in plaats van het huidige art. 96 Sv aan elke opsporingsambtenaar een algemene bevoegdheid tot inbeslagneming te geven. De enige beperking is dat voor een situatie buiten heterdaad sprake dient te zijn van een misdrijf als omschreven in art. 67 eerste lid Sv. Door het grote aantal misdrijven dat onder dit artikellid wordt aangeduid of opgesomd bestaan er praktisch weinig belemmeringen meer voor opsporingsambtenaren. Men kan zich afvragen of het wenselijk is dat de politie, die er alle belang bij heeft om strafbare feiten op te helderen, de bevoegde instantie is om te beslissen over situaties waarin het recht op de vrijheid van meningsuiting en drukpers in het geding is.

In Duitsland is bij de inbeslagneming van eigen materiaal voor het aan de dag brengen van de waarheid de rechter bevoegd ('Paragraph 98 Absatz 1 StPO'). Alleen wanneer er 'Gefahr im Verzug' dreigt is ook de officier van Justitie en de hulp-officier bevoegd tot inbeslagneming. 'Gefahr im Verzug' ontstaat wanneer het doel van de maatregel in gevaar komt bijvoorbeeld wanneer er gevaar bestaat "*des öffentlichen Interesses an unverzügter Verbreitung*". Er dient echter een uitzondering te worden gemaakt voor de inbeslagneming van eigen materiaal bij de redactie, een uitgever, een drukkerij of de 'Rundfunk'. Hier is alleen de rechter bevoegd. Ook als er 'Gefahr im Verzug' dreigt.

In Engeland is net als in Nederland de politie bevoegd tot de inbeslagneming van gegevensdragers voor het aan de dag brengen van de waarheid. Alleen in die gevallen waarin de inbeslagneming gelijktijdig met een huiszoeking plaatsvindt is een speciale procedure in het leven geroepen. Deze procedure houdt in dat de politie een 'production order' aanvraagt bij de 'circuit judge'. Een 'production order' eist van de persoon die het bewijsmateriaal bezit dat hij/zij dit materiaal aan de politie overdraagt of dat hij/zij toestaat dat een politieagent toegang krijgt tot het bewijsmateriaal. De persoon voorkomt hiermee een huiszoeking. In tegenstelling tot een 'search warrant' is een 'production order' altijd 'inter partes'. Dat wil zeggen dat je de mogelijkheid krijgt om bij de rechter te klagen tegen een voorgenomen of een reeds uitgevoerde inbeslagneming.

Bezien we de situatie in Zweden dan verschilt Zweden van de voorafgaande landen doordat in Zweden in die gevallen waarin de vrijheid van meningsuiting en drukpers in het geding is niet de politie bevoegd verklaard gegevensdragers in beslag te nemen, maar de 'justitiekansler' en onder bepaalde voorwaarden de officier van Justitie (TF 9:2). Deze laatste moet echter de 'justitiekansler' onmiddellijk van de inbeslagneming op de hoogte stellen. Deze laatste beslist dan of de inbeslagneming in stand blijft. De 'justitiekansler' of de officier van Justitie kan voorafgaand aan een juridische procedure in beslag nemen voor het aan de dag brengen van de waarheid. Binnen twee weken moet de 'justitiekansler' dan een klacht indienen bij de arrondissementsrechtbank ('tingsrätter') van hoofdzakelijk een van de grotere steden (TF 10:2). Daar wordt uiteindelijk beslist of tot inbeslagneming dient te worden gecontinueerd (TF 10:4, 5). De procedure moet beginnen binnen zes maanden na openbaarmaking. De verjaringstermijn is hier kort omdat het gaat om de vrijheid van meningsuiting en drukpers. Het procesverloop in een drukpers- of uitingszaak onderscheidt zich van een gewone zaak, omdat een jury meewerkt.

Bezien we de Duitse, Engelse en Zweedse situatie en vergelijken we die met de Nederlandse dan lijken de Duitse en de Zweedse regelgeving het meeste recht te doen aan de vrijheid van meningsuiting en drukpers. In Duitsland is niet de politie maar de rechter en de officier van Justitie (bij 'Gefahr im Verzug') bevoegd bij de inbeslagneming voor het aan de dag brengen van de waarheid. Wanneer het gaat om de inbeslagneming van eigen materiaal bij de media is alleen de rechter bevoegd. In Engeland en in Zweden wordt dit onderscheid niet gemaakt. In Engeland is in alle gevallen de politie bevoegd. Alleen wanneer de inbeslagneming gepaard gaat met een huiszoeking zijn extra processuele waarborgen in het leven geroepen. De achterliggende gedachte is niet zozeer de vrijheid van meningsuiting en drukpers maar de privacy. In Zweden is naast de officier van Justitie een speciale officier van Justitie belast met de inbeslagneming van gegevensdragers. De inbeslagneming is daar een voorlopige maatregel. Binnen twee weken moet de 'justitiekansler' een klacht (TF 10:2) indienen bij de rechter die dan uiteindelijk beslist of tot inbeslagneming dient te worden gecontinueerd (TF 10:4, 5). Bij de procedure wordt een jury betrokken. De vraag is of we in Nederland nu ook zo'n speciale ambtenaar en een jury in het leven moeten roepen bij de inbeslagneming van gegevensdragers? Misschien hoeven we niet zover te gaan wanneer mensen die journalistieke werkzaamheden verrichten een beroep kunnen doen op het journalistieke verschoningsrecht en wanneer zowel eigen als materiaal van derden verkregen beschermd wordt tegen inbeslagneming. Tenzij er, bijvoorbeeld tijdens een demonstratie, ongeregeligheden ontstaan waarbij mensen zwaar lichamelijk letsel oplopen dan is de politie of justitie bevoegd de gewenste informatie te vergaren (in die gevallen dat ze zelf hiertoe niet bij machte zijn geweest). Er kan dan geen beroep worden gedaan op het verschoningsrecht.

Behalve een vergelijking tussen de verschillende landen met betrekking tot de bevoegdheidsvraag kan er ook een vergelijking worden gemaakt tussen de verschillende procedures. In Duitsland, Engeland en Zweden is de procedure bij de inbeslagneming

ming van gegevensdragers openbaar. In Nederland is dat sinds de Wet Herziening Raadkamerprocedure (Wet van 8-11-1993, Stb. 1993, 591) per 1 januari 1994 ook het geval.

4 De vrijheid van meningsuiting en drukpers en de materiële aspecten van de inbeslagneming ter verbeurdverklaring en ter onttrekking aan het verkeer

In het voorafgaande hebben we gesproken over de inbeslagneming voor het aan de dag brengen van de waarheid. Behalve de inbeslagneming voor het aan de dag brengen van de waarheid kennen we in Nederland ook nog de inbeslagneming ter verbeurdverklaring en ter onttrekking aan het verkeer. Bij de inbeslagneming ter verbeurdverklaring wordt het goed bij een veroordeling definitief aan de macht van de veroordeelde onttrokken. In Nederland is de verbeurdverklaring een vermogensstraf en een bijkomende straf wat impliceert dat de oplegging facultatief is. Omdat de inbeslagneming niet noodzakelijk is heeft de beslag leggende ambtenaar een grote beleidsvrijheid bij het beslissen of het voorwerp wel of niet in beslag genomen dient te worden. Er dient zowel door opsporingsambtenaren als door de rechter rekening te worden gehouden met de beginselen van een behoorlijke procesorde, in het bijzonder het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel. De inbeslagneming dient achterwege te blijven wanneer deze duidelijk onredelijk zou zijn. Dit laatste geldt eveneens voor de onttrekking aan het verkeer. Ook hier dient de inbeslagneming achterwege te blijven wanneer deze duidelijk onredelijk is. Of een inbeslagneming onredelijk is is afhankelijk van het concrete geval.

Net als in Nederland wordt ook in Duitsland met deze beginselen rekening gehouden. Het proportionaliteitsbeginsel wordt in 'Paragraph 111m Abs. 1 StPO' zelfs expliciet genoemd.

Ook in Engeland wordt, zij het in geringere mate, rekening gehouden met het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel. In Zweden mag in principe een hele oplage in beslag worden genomen (TF 10:8) zij het dat ook hier indien mogelijk, rekening wordt gehouden met het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel (TF 10:6).

Vergelijken we bovenstaand met de Nederlandse situatie dan zien we dat in alle hier genoemde landen het proportionaliteitsbeginsel een rol speelt. Ook het Europese Hof houdt in haar uitspraken rekening met het proportionaliteitsbeginsel. Beperkingen op de vrijheid van meningsuiting en drukpers moeten immers noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Dat betekent dat er sprake moet zijn van een 'pressing social need' en dat er een redelijke verhouding ('proportionality') moet bestaan tussen de zwaarte van de inbreuk en het gewicht van het belang dat met de inbreuk werd gediend. De inbeslagneming van een hele oplage geschriften of films of de onttrekking aan het verkeer of de verbeurdverklaring van genoemde gegevensdragers zal door het Hof wellicht niet zo snel worden gezien als een beperking die noodzake-

lijk is in een democratische samenleving. Zeker niet in die gevallen waarin het gaat om publicaties en personen die bijdragen aan het publieke debat.

5 De vrijheid van meningsuiting en drukpers en de procedurele aspecten van de inbeslagneming ter verbeurdverklaring en ter onttrekking aan het verkeer

Behalve de materiële aspecten van de inbeslagneming ter verbeurdverklaring en ter onttrekking aan het verkeer kunnen ook nog de procedurele aspecten worden genoemd. In Nederland is de procedure bij de verbeurdverklaring en onttrekking aan het verkeer niet anders geregeld dan bij de inbeslagneming voor het aan de dag brengen van de waarheid.

In Duitsland daarentegen is dat wel het geval. Bij de 'Einziehungsbeschlagnahme' geeft 'Paragraph 111n Abs. 1 StPO' weer wie bevoegd zijn tot de inbeslagneming van gegevensdragers. Voor de inbeslagneming van boeken of bandopnamen etcetera, met uitzondering van opiniebladen, is de rechter bevoegd en in geval van 'Gefahr im Verzug' de officier van Justitie. De hulp-officiëren zijn niet bevoegd. Voor de inbeslagneming van opiniebladen is alleen de rechter bevoegd ('Paragraph 74d Strafgesetzbuch' (StGB)). Dit omdat hier de inbeslagneming van vaak tijdsgevoelige informatie grote gevolgen kan hebben voor het voortbestaan van een uitgever zeker wanneer het een hele oplage betreft. De procedure is hetzelfde geregeld als bij de inbeslagneming voor het aan de dag brengen van de waarheid.

In Engeland is de juridische procedure bij de inbeslagneming van gegevensdragers ter onttrekking aan het verkeer en ter verbeurdverklaring niet geregeld in de PACE Act maar in de 'Obscene Publications Act 1959 and 1964' en de 'Public Order Act 1986'. Gaat het om de inbeslagneming van staatsgeheimen, zaken die betrekking hebben op de openbare orde en obscene publicaties dan is de speciale procedurele bescherming die in het leven is geroepen bij de inbeslagneming en de huiszoeking op grond van de PACE Act niet van toepassing. In tegenstelling tot de 'Police and Criminal Evidence Act' bestaat in bovengenoemde 'Acts' geen 'special procedure'. Wanneer het gaat om staatsgeheimen, zaken die betrekking hebben op de openbare orde en obscene publicaties zijn verdergaande beperkingen mogelijk. Veelal wordt al voor de publicatie ingegrepen in de vrijheid van meningsuiting en drukpers door middel van een civiele procedure. Binnen die civiele procedures bestaan verschillende 'prior restraints'.

Behalve door middel van een civiele procedure wordt de vrijheid van meningsuiting en drukpers beperkt door een informeel systeem van controle zoals het 'Services, Press and Broadcasting Committee', het 'British Board of Film Censors' en de 'D-notices'. Op grond van deze systemen kunnen geschriften al gecensureerd worden voordat ze openbaar worden gemaakt en/of verspreid worden. Dit is niet alleen puur censuur, het snijdt bovendien de weg af naar de rechter en is daardoor nog minder acceptabel dan de civiele procedure die vaak wordt opgestart om een publicatie te stoppen.

In Zweden bestaat er ook zo'n informeel systeem van controle. Dit systeem heeft als doel 'het bevorderen van een journalistieke ethiek in kranten en tijdschriften'. De persombudsman mag direct vragen aan de redacteur of hij een artikel wil veranderen. Dit alles maakt de strekking van de TF restrictiever. Daarnaast is het de 'justitiekansler' die beslist of een geschrift 'vermeende staatsgeheimen' bevat. Deze dient binnen twee weken een klacht in (TF 10;2) bij de rechter die dan uiteindelijk beslist of tot inbeslagneming dient te worden gecontinueerd (TF 10;4, 5). Blijkt uiteindelijk naar het oordeel van de rechter en de jury dat dat niet het geval is dan zijn de geschriften of films toch een tijd uit de roulatie geweest.

In Nederland bestaat gelukkig niet zo'n informeel systeem van controle. Wel bestaat er een formeel controlesysteem op grond van het Wetboek van Strafvordering. Op grond van het huidige Wetboek van Strafvordering heeft de gewone opsporingsambtenaar in principe alleen speciale inbeslagnemingsbevoegdheden. Alleen wanneer zij in de uitoefening van een andere bevoegdheid een daarvoor vatbaar voorwerp aantreffen zijn zij tot inbeslagneming bevoegd. Zoals we bij de inbeslagneming voor het aan de dag brengen van de waarheid hebben kunnen lezen is in de literatuur gepleit om in plaats van het huidige art. 96 Sv aan elke opsporingsambtenaar een algemene bevoegdheid tot inbeslagneming te geven. De enige beperking is dat voor een situatie buiten heterdaad sprake dient te zijn van een misdrijf als omschreven in art. 67 eerste lid Sv. Door het grote aantal misdrijven dat onder dit artikellid wordt aangeduid of opgesomd bestaan er praktisch weinig belemmeringen meer voor opsporingsambtenaren. De politie, die er alle belang bij heeft om strafbare feiten op te helderen, is volgens mij niet de juiste instantie om te beslissen over de effectuering van het recht op de vrijheid van meningsuiting en drukpers. In Duitsland heeft de wetgever niet voor niets een onderscheid gemaakt tussen uitingen in opiniebladen en uitingen in bijvoorbeeld films en boeken. Gaat het om opiniebladen dan is alleen de rechter bevoegd in beslag te nemen. Opiniebladen zijn immers tijdsgevoelig. Inbeslagneming van een hele oplage kan de bestaanspositie van een uitgever in gevaar brengen. Rechters worden geacht beter in staat te zijn grondrechten af te wegen tegen het opsporings- en vervolgingsbelang dan de politie. Voor de inbeslagneming van films, boeken etcetera is de rechter en bij 'Gefahr im Verzug' de officier van Justitie bevoegd. Omdat de strafrechtelijke bepalingen, zoals de pornografiebepalingen, de bepalingen die betrekking hebben op staatsgeheimen etcetera vaag zijn geformuleerd heeft de Duitse wetgever ervoor gekozen om bij 'Gefahr im Verzug' de officier van Justitie de bevoegdheid te geven gegevensdragers in beslag te nemen in plaats van de politie. Op deze manier wordt voorkomen dat gegevensdragers in beslag worden genomen die later teruggegeven moeten worden omdat de officier van Justitie denkt het bewijs niet rond te krijgen.

Dat het toekennen van inbeslagnemingsbevoegdheden aan de rechter en de officier van Justitie, zoals in Duitsland gebeurd, ook nadelen heeft is onvermijdelijk. Vaak zijn de strafbare drukwerken immers al verdwenen. Dat in Duitsland toch voor bovengenoemde regeling is gekozen heeft te maken met het feit dat hier een grondrecht, in casu de vrijheid van meningsuiting en drukpers, in het geding kan zijn. Dwangmid-

delen kunnen een inbreuk maken op dit grondrecht. Daarom dienen dwangmiddelen met de grootst mogelijke waarborgen worden omgeven. Een van die waarborgen is dat wanneer het gaat om de inbeslagneming van niet-tijdsgevoelige informatie niet de politie maar de officier van Justitie bevoegd te verklaren. Gaat het om tijdsgevoelige informatie dan dient alleen de rechter-commissaris bevoegd te zijn. De rechter-commissaris is immers behalve rechtshandhaver ook rechtsbeschermer. Hij is meer nog dan de officier van Justitie in staat om een juiste afweging te maken. Met de keuze voor een officier van Justitie en een rechter-commissaris kan wellicht voorkomen worden dat, of helemaal geen procedure wordt opgestart, of pas lange tijd na de inbeslagneming. Zeker nieuwsgevoelig materiaal dient niet langer dan noodzakelijk uit de roulatie te zijn geweest.

6 Aanbevelingen

Tot besluit zullen de aanbevelingen die in de voorafgaande paragrafen zijn genoemd in deze paragraaf worden gerecapituleerd. Zoals in de inleiding van deze conclusie reeds werd opgemerkt is de rechtsvergelijking bedoeld om enige aanbevelingen te formuleren tot verbetering van de Nederlandse bepalingen inzake inbeslagneming. Zolang deze bepalingen immers niet worden gewijzigd bestaan er voor de Nederlandse rechter geen aanknopingspunten om meer recht te doen aan de vrijheid van meningsuiting en drukpers (art. 7 Grondwet en art. 10 EVRM).

1. Om te beginnen dient er in het Wetboek van Strafvordering, net als dat in Duitsland, Engeland en Zweden het geval is, een onderscheid te worden gemaakt tussen voorwerpen en gegevensdragers. Gegevensdragers mogen, volgens het initiatief-wetsvoorstel van Jurgens, niet in beslag worden genomen voor het aan de dag brengen van de waarheid wanneer het gaat om journalistieke werkzaamheden. Het accent ligt hier op 'gegevens' en niet, zoals in de Wet Computercriminaliteit, op 'dragers'. Het gaat de politie immers om de informatie en niet zozeer om de dragers van die informatie. Daarbij dient niet alleen eigen materiaal, zoals in Duitsland, maar ook derden-materiaal beschermd te worden. Door wettelijk vast te leggen dat het journalistiek privilege als uitgangspunt dient, zal de rechter, in het concrete geval, slechts bij aanwezigheid van zeer dringende redenen, kunnen komen tot een inbreuk op dit recht. Inbeslagneming is dan slechts in zeer uitzonderlijke situaties te rechtvaardigen namelijk in die gevallen waarin er zwaar lichamelijk letsel veroorzaakt wordt. - In eerste instantie zal moeten worden bekeken in hoeverre de politie of justitie zelf redelijkerwijs bij machte is de gewenste informatie te vergaren. Is zij zelf niet bij machte om de gewenste informatie te verkrijgen dan kan de politie in beslag nemen daarbij rekening houdend met het proportionaliteitsbeginsel en subsidiariteitsbeginsel.

2. Bij de inbeslagneming ter verbeurdverklaring en ter onttrekking aan het verkeer dient, net als in Duitsland, rekening te worden gehouden met het onderscheid tussen tijdsgevoelige informatie en informatie die niet tijdsgevoelig is. Bij de tweede categorie is de officier van Justitie bevoegd tot inbeslagneming. Gaat het om de inbeslagneming van tijdsgevoelige informatie dan is alleen de rechter-commissaris bevoegd. Behalve het onderscheid tussen tijdsgevoelige informatie en informatie die niet tijdsgevoelig is dient er een onderscheid te worden gemaakt tussen discussies over publieke aangelegenheden en discussies die dat niet zijn. Volgens het Europese Hof dient het publieke debat beschermd te worden. Gaat het om een publiek debat dan zal de inbeslagneming, verbeurdverklaring en onttrekking aan het verkeer van een hele oplage gegevensdragers al snel disproportioneel zijn. Volgens de Europese Commissie dient er ook bij onzedelijke geschriften gecontroleerd te worden of de inbeslagneming ter verbeurdverklaring of ter onttrekking aan het verkeer proportioneel is. In de zaak Müller oordeelde de Commissie dat de 'confiscation' van alle schilderijen disproportioneel was en niet noodzakelijk in een democratische samenleving. Deze visie sluit aan bij mijn opvatting dat zowel preventieve beperkingen, zoals de inbeslagneming, als repressieve beperkingen, zoals de onttrekking aan het verkeer en de verbeurdverklaring, de verspreiding van gegevensdragers niet onmogelijk mag maken tenzij er sprake is van aantoonbaar verband tussen de meningsuiting en fysiek geweld. De inbeslagneming en de verbeurdverklaring casu quo onttrekking aan het verkeer dient achterwege te blijven wanneer het gaat om het publieke debat.

Summary

1 Introduction

This thesis describes the area of tension between the freedom of speech and the press and the coercive measure of seizure provided for under the Dutch law of criminal procedure in an international and comparative context. The extent to which freedom of speech and the press form an impediment to seizure is its central issue. In subsequent chapters, the regulation of freedom of speech and the press and seizure in the Netherlands, Germany, England and Sweden is considered.

Chapter 1 Freedom of speech and the press and the coercive measure of seizure under Dutch law

The first chapter is dedicated to the rules governing freedom of speech and the press as laid down in article 7(1) of the Netherlands Constitution, in article 10 ECHR and, albeit summarily, in article 19(2) ICCP, and to relevant case law. The scope of freedom of speech has implications for the measure of seizure (art. 3 ICCP), the purpose of describing these rules is therefore to give an idea of their scope.

In the Netherlands, freedom of disclosure is enshrined in the Constitution. Freedom to disseminate information, however, is judge-made law and governed by a different legal doctrine. Freedom of dissemination may be restricted in advance, for example, by an investigating officer. This is not to say, however, that these restrictions are so rigid that the right to disseminate information is in effect eliminated. In the *Tilburg* case (HR 28-11-1950, NJ 1951, 137), the Netherlands Supreme Court characterized freedom to disseminate information as a "*conditio sine qua non*" for the existence of the freedom of disclosure. Freedom of speech and the press can only be effectively exercised by the dissemination of information. Restrictions should, therefore, leave room for "*a significant degree of availability*" of the means of dissemination (HR 17 March 1953, NJ 1953, 389). An example of such a restriction is the coercive measure of seizure that is enforceable under the law of criminal procedure. The nature of the relationship between seizure and freedom of speech and the press, more particularly the freedom to disseminate information, is one aspect the author seeks to determine.

Article 94 of the Dutch Code of Criminal Procedure (CCP) provides for seizure for the purposes of uncovering the truth, forfeiture and in order to remove objects from circulation. When objects are temporarily seized in order to uncover the truth, it is sufficient to seize one information carrier, that is, if one considers 'information carriers' to fall within the notion of 'objects' of article 94 CCP. In such case, the emphasis is placed on the word 'carrier'. However, if the emphasis is placed on 'information', a completely different conclusion can be drawn, as is described in section 4.3.1. The author is inclined to focus on the 'information' component of 'information carrier'. When objects are seized in order to uncover the truth, informativism, a separate rule needs to be developed that pays regard to freedom of speech and the press.

As far as seizing objects for the purpose of forfeiture is concerned, contrary to the seizure of objects for the purpose of bringing out the truth, the court's judgment is anticipated. Upon conviction, the property is forfeit and thereby definitively removed from the offender's power. In the Netherlands, forfeiture is a penalty intended to adversely affect the assets of the offender. It is also an additional penalty; it is left to the court's discretion to impose it or not. Objects not seized may also be declared forfeit. The purpose of forfeiture is not merely to compound the injury, but also prevention. Since seizure of objects is not mandatory, whether an object is to be seized or not is to a large extent at the discretion of the officer in charge of the seizure.

For the purposes of removal of objects from circulation, however, seizure is a precondition. In this case, investigating officers can exercise far less discretion and the court will not readily assume that the seizure was 'clearly unreasonable'. Seizure for the purpose of removal of objects from circulation is a typical police or security measure for the benefit of the criminal justice system and is guided by the *opportunitetsbeginsel*, a principle under which public prosecutors have the discretionary power of waiving prosecution on the grounds of 'public interest.' For example, where several copies of alleged state secrets, blasphemous writings or pamphlets of the same kind are found, the police may seize the entire stock.

In the *BLUF!* case (HR 17-11-1987, NJ 1988, 394, HR 18-9-1989, NJ 1990, 94), the central issue was the publication of an old 1981 quarterly report by the Netherlands Security Service. The report had been disclosed in issue no. 267 of the weekly *Bluf!*. As the issue rolled off the presses and was being prepared for shipping, a police squad raided the printers and seized the entire edition in the course of the preliminary investigation against 'NN' (name unknown) pursuant to artt. 98 and/or 98a Dutch Penal Code (PC) [state secrets]. Upon application by the Public Prosecutor's Office, the entire edition of the weekly *Bluf!* of 29 April 1987 was taken out of circulation by the Amsterdam District Court (cf art. 36c PC). The *Bluf!* no. 267, the Public Prosecutor submitted, went too far and the District Court concurred; for reasons of the security of the State and of its allies, secrecy was imperative (artt. 98 and/or 98a PC). *Bluf!* lodged an appeal with the Netherlands Supreme Court against the

Amsterdam District Court judgment. Bluf! argued principally that freedom of the press entails that the judge in criminal matters could only order that an edition be forfeit or removed from circulation after publication (read: after disclosure and dissemination). Seizing the entire issue in advance is, in effect, censorship, it was contended. The Supreme Court did not agree. According to the Supreme Court, seizure and removal from circulation were not restrictions that could be equated with subjecting disclosure to the condition of 'prior consent' as specified in article 7(1) of the Constitution. The author deems this correct. It was not a question of censorship, since the restriction did not pertain to the contents, but to its dissemination.

In the same judgment, the Supreme Court subsequently took the position that

"the measures which secure the interests that articles 98 and 98a DPC purport to protect are not restricted to criminal prosecution and the possible conviction of those who have committed the criminal offenses defined in the articles, but also include seizure and removal from circulation of printed matter intended for the commission of such acts, as governed by the Code of Criminal Procedure. Enforcement of these measures is part of the restrictions on the right safeguarded in the European Convention on Human Rights and does not compare with subjection to a condition of 'prior consent' as specified in article 7 of the Constitution, even if the printed matter in question and the thoughts and feelings reflected in it are not publicly disclosed as a result"

(in saying 'not publicly disclosed' the Supreme Court probably meant 'not disseminated'). The author does not concur with the Supreme Court's view that so long as there is no question of censorship any interference with the freedom of speech and the press is lawful, since the reasoning behind article 7 of the Constitution is that interference is only possible to a limited extent and only in rare cases. For example, pursuant to the same article, the police are authorized to restrict dissemination of writings allegedly containing state secrets, as in the Bluf! case, for reasons of public order or the security of others, but such restrictions may not lead to a 'general prohibition'. Such a prohibition can be said to obtain when dissemination of the material is no longer possible, because, for instance, an entire edition or the printing presses and the plates have been seized. Under the statutory restriction: *"subject to a person's responsibility under the law"* the court may also order removal from circulation or forfeiture of writings containing state secrets, although, during the parliamentary debate on the draft of the Dutch Penal Code in the Lower House, Modderman, then Minister of Justice, said: *"To thus regulate repressive measures, that is to enact substantive and procedural rules governing printing press offenses, so that preventive control does not sneak back in again, is in the spirit of the Constitution."* Where the discussion of public affairs is concerned, judges should be particularly cautious. Not only because loss of an entire edition may put the economic survival of a newspaper or magazine at risk, but also because discussing public affairs is a prerequisite for the democratic legal order and for the establishment of other constitutional freedoms.

The media have a special task here. It is their duty to adequately inform the general public and so to create the conditions for a critical attitude towards the authorities. In cases of discriminatory defamatory writings where public affairs are not at stake, the court may declare an entire edition forfeit or have it removed from circulation in extreme cases only, where there is violence or a demonstrable relation between the expressed opinion and an imminent serious criminal act. Consequently, freedom of speech and the press cannot be invoked in such cases.

The European Court of Human Rights has held that restrictions, be they preventive or repressive, must be narrowly construed and that they must meet the requirement of being 'necessary in a democratic society'. This means that interference must have been prompted by a 'pressing social need' and that, in addition, there must be a reasonable relation between the degree of interference and the weight of the interest served by it (proportionality). In addition, there must be sufficient, relevant grounds to justify such interference. It is not sufficient to merely consider the rule; its application should also be examined. The ECHR wishes to include the facts and circumstances of the case. It can be said in general that the ECHR allows more room for the freedom of speech and the press in case of debates on public affairs, because politicians are expected to be exposed to more criticism than ordinary citizens. Discussing public matters is a prerequisite of democratic legal order, as is evidenced by the inclusion of the freedom to receive information and ideas in article 10(1) ECHR. Communication has clearly not been achieved so long as the message has not reached the intended recipient. Without a well-informed public there is no democratic society and the press has a special duty to inform the public properly. This is also the duty of artists. The *Müller* case, in which the ECHR linked art with public debate (ECHR 8 July 1986, NJ 1987, 901), is a case in point. The scope of interference with the freedom of speech and the press is interpreted in a broad or more restrictive way, depending on the responsibility of the person in question (Commission's Report of 30 September 1975, Handyside, B. 22, p. 4).

Chapter 2 Freedom of speech and the press and the coercive measure of seizure under German law

In the second chapter, the subject is discussed in relation to Germany. In contradistinction to the Netherlands, freedom of dissemination and freedom to receive information are expressly laid down in the German Constitution (*Grundgesetz* [GG]), as are freedom of speech and the press. Moreover, article 5 GG guarantees the "*institutionelle Eigenständigkeit der Presse*" (the institutional independence of the press). The press has a duty to inform the public. This is not only the essence of the press, but also of democracy. For the proper functioning of a democratic system, a limited use of witness privilege (*Zeugnisverweigerungsrecht*) and the prohibition against seizure is appropriate. When the provisions governing seizure were drafted for the German Code of Criminal Procedure (*Strafprozessordnung* [StPO]), article 5 GG was taken

into account. In Germany, contrary to the situation in the Netherlands, a distinction is made between objects and information carriers. Seizure of matters such as writings, sound, images and information carriers held in confidence by privileged media workers, editorial offices, publishers, printers or radio- and television stations, for the purpose of uncovering the truth, is prohibited in those cases where privilege applies. The German artt. 53 and 97(5) (StPO) were drafted to protect the relationship of confidentiality between the press and their sources. This protection ensures that media workers can operate independently. The material, however, must have been obtained from third parties. Original material may be seized by the judge. In Germany, the judge is empowered to order the seizure of original material to uncover the truth (art. 98(1) StPO). Only in cases of *Gefahr im Verzug* (danger in delay) are the Public Prosecutor and his deputy so empowered. *Gefahr im Verzug* obtains when the purpose of the measure is at risk, for instance, when "by undelayed dissemination, public interest" is jeopardized. However, an exception needs to be made for the seizure of original material from editorial offices, publishers, printers or radio- and television stations. In these cases, only the judge has the power to order seizure, also in the event of *Gefahr im Verzug*. The latter has met with a lot of criticism, since denying professional privilege for material gathered by the journalist himself, implies failing to appreciate the essence of journalistic work; they unobtrusively and ubiquitously gather information themselves. Reporters and other journalistic professionals may find themselves in a predicament if they were to be regarded as tools of the prosecution system because they were ordered to cooperate by the Public Prosecutor's Office. Since, in practice, the distinction between original material and that obtained from third parties seems almost impossible to draw, the relevance of the distinction is questionable.

A special characteristic of German legislation is witness privilege (*Zeugnisverweigerungsrecht*). This is linked to the prohibition of seizure (art. 97 StPO in conjunction with art. 53 StPO). The principle underlying artt. 53 and 97(5) StPO is protection of the confidential relationship between the media and their sources. Such protection ensures the independent functioning of media workers. Only where witness privilege and editorial confidentiality is safeguarded, can the media properly serve as watchdog and source of information. Freedom to receive and impart information and constitutional protection of its sources against seizure are directly related. The protection of information (*Informationsschutz*) follows logically from the special position of the media outlined in article 5 GG. It is the duty of the media to inform the public about political events. By presenting different points of view, the media, as the "*orientierende Kraft in der öffentlichen Auseinandersetzung*", the guiding force behind public debate, enables the public to form discriminating opinions. This informative function can be linked with the watchdog function. The media are the 'watchful guardians' of democracy, uncovering wrongs and sparking public debate, in the words of the European Court of Human Rights: "*the press is the purveyor of information and public watchdog*" (ECHR 25 March 1985, NJ 1987, 900). In Germany, the concept of media freedom relates primarily to institutional freedom. Individual writers, film makers

or a group of citizens authoring a pamphlet do not enjoy the protection of art. 97 in conjunction with art. 53 StPO. Their material may be seized by judicial order, or, in case of the likelihood of material disappearing (*Gefahr im Verzug*) by order of the Public Prosecutor or his or her deputy. By qualifying material as 'journalistic material', as Jurgens does, this problem can be avoided, because, in consequence, anyone who is involved in journalistic activities may invoke privilege and the concomitant prohibition of seizure.

Both in seizure to uncover the truth and for the purpose of *Einziehungsbeschlagnahme* (removal from circulation) the friction between the coercive measure of seizure and freedom of speech and the press has been removed in an interesting way. In the case of *Einziehungsbeschlagnahme* (art. 111m(1) StPO), which is applicable to both the seizing of information carriers for the purpose of forfeiture and seizure to prevent these from being rendered useless, proportionality is expressly referred to (as in the case of preliminary detention), since seizure of an entire edition might threaten the economic survival of, for instance, a printing business. Art. 111m(2) StPO excludes therefore the seizure of that part of a document which does not relate to the alleged criminal offense. It is possible, for instance, for only the supplement of a newspaper to be seized. Section 2 of the same article allows even stricter limitations in the sense that seizure excluded a few morgue copies. Section 4 of art. 111m StPO makes it possible for the person threatened by seizure to avoid it. Seizure may be avoided if the person threatened by it chooses not to disseminate or duplicate that part of the writing which would otherwise be seized. Section 3 of art. 111m StPO prescribed that an order for seizure accurately specify which parts of the document give cause for seizure.

Art. 111n(1) StPO lists those persons empowered to seize information carriers. The judge and Public Prosecutors ('*Gefahr im Verzug*'), but not their deputies, are empowered to seize such materials as pamphlets, books or tape recordings. An order for seizure must be endorsed by the court within a week. Only the judge is empowered to seize news magazines (art. 74d *Strafgesetzbuch* [German Penal Code] (StGB)), because seizing time-sensitive information may have a grave consequences for the publisher's economic survival, especially where an entire edition is seized.

Chapter 3 Freedom of speech and the press and the coercive measure of seizure under English law

Since England does not have a written constitution, both the statutes that are important in determining the scope of the freedom of speech and the press and relevant case law are discussed in this chapter. Freedom of speech and the press can be exercised in England, provided this is not prohibited by statute or at common law. As a result of the Contempt of Court Act 1981, the Obscene Publications Acts 1959 and 1964, the Official Secrets Act 1989, the Race Relations Act 1976, the Public Order Act 1986 and the Police and Criminal Evidence Act 1984, and decided cases,

a limited scope has been afforded to the freedom of speech. There are hardly any restrictions related to seizure. The only statute which allows the freedom of speech and the press some scope is the Police and Criminal Evidence Act 1984. In this Act, seizure of information carriers is linked to the search of premises. Seizure of 'excluded material', 'legally privileged material' and 'special procedure material' is accompanied by additional procedural safeguards in the case of a search. The author sums up these safeguards, after specifying the categories of 'material'.

'Excluded materials' are 'personal records', 'human tissue or human tissue fluid' or 'journalistic material'. The latter are either 'documents' or 'records other than documents'. 'Documents' include:

- a. writings, plans, drawings etc.;
- b. photographs;
- c. diskettes, audiotapes, compact discs etc.;
- d. films, microfilms, negatives etc.

Material of all three categories must be 'held in confidence'. For journalists this means that the documents must have been obtained from third parties and that there must be a confidential relationship between the journalist and the third party. Photographs taken at demonstrations do not fall within this category. These may be classified as 'special procedure material'. 'Special procedure material' is confidential material that cannot be classified as 'excluded material', either because it does not comprise 'personal records' or because it is not 'journalistic material' (Section 14 PACE). Under the Police and Criminal Evidence Act 1984, police officers may seize all material, either 'excluded' or 'special procedure', however, the police may not retain anything if a photograph or a 'copy' would be sufficient (S. 22(4) PACE). In *Reynolds v. Commissioner of Police of the Metropolis*, the Court of Appeal ruled that the police were not empowered to seize large numbers of documents without specifying that "*each file or bundle might reasonably constitute evidence*" ((1984) 3 All ER 649, CA). Here, albeit implicitly, freedom of speech and the press is at least taken into consideration. Items subject to legal privilege are exempt from the power of search and seizure. Such material, including lawyer-client 'communications' cannot be seized (S. 10(1)(a) PACE).

There is a special procedure for the seizure of information carriers during a search of premises. To seize 'excluded material' or 'special procedure material', for instance, the police need to apply for a 'production order' from the circuit judge. A 'production order' demands that the person possessing the evidence surrender it to the police or to grant a police officer access to it. In this way, the person in possession of the evidence can avoid a search of the premises. In contradistinction to a search warrant, a production order is always *inter partes*, that is to say that the person in question may lodge a complaint against a planned or executed seizure, unless under one of the other Acts previous to PACE written authority other than a warrant was required to gain access to 'excluded material'. In such case, the Acts are operative and proceed-

dings are no longer *inter partes* (see for instance, the Official Secrets Act 1989, the Obscene Publications Act 1959 and 1964 and the Public Order Act 1986). One can argue whether this rule is not at odds with the principle of 'fair trial' as laid down in article 6 ECHR. However, since the Official Secrets Act 1989, the Obscene Publications Act 1959 and 1964 and the Public Order Act 1986 fail to offer substantial safeguards, it would seem to be an inadequate rule. These previous Acts contain vague definitions and scarcely restrict seizure of information carriers. Secondly, an informal system of control has been set up under these Acts, such as the Services, Press and Broadcasting Committee, the British Board of Film Censors and the 'D-notices'. On the basis of this informal system, a writing may be censored even prior to publication and/or dissemination. This is not only a form of unadulterated censorship, it also blocks the institution of court proceedings and is therefore even less acceptable than the civil proceedings frequently instituted to halt publication of certain information.

Chapter 4 Freedom of speech and the press and the coercive measure of seizure under Swedish law

In Sweden, freedom of the press is regulated by *Tryckfrihetsförordningen* (TF), which deals with all its aspects. Rules for the seizure of information carriers are also provided by this statute and not by the Code of Criminal Procedure. In addition, in 1993 an Act regulating freedom of speech came into effect, the *Yttrandefrihetsgrundlag* (YF). The YF refers to the TF and deals, *inter alia*, with radio, TV, video, audio tapes and films. The TF incorporates both substantive and procedural aspects of seizure. The substantive aspects are first discussed by the author. As in Germany and England, a distinction is made between objects and information carriers. There are special rules for information carriers, but there is no subdivision into categories. A similar form of protection applies to films as to writings, namely that seizure of information carriers is subject to specific requirements.

The *justitiekansler*, a special prosecutor who has the power to seize information carriers in the case of printing press offenses (TF 9:2), must ensure that only copies intended for dissemination are seized (TF 10:8). Copies sold to the public or presented to libraries cannot be seized. Copies that are present at printers, publishers or bookstores may be seized. If this is the case, the proportionality of the action must be assessed (TF 10:6). If seizure is required, it is sufficient to seize a specific part, page or excerpt. In the case of seizure for the purpose of uncovering the truth, seizure of a single copy would suffice (TF 10: 8,14). In case of abuse of freedom of the press (*tryckfriheten*), all information carriers may be seized or confiscated (TF 1:3) in order to prevent or limit the adverse effects of dissemination of information carriers prohibited under criminal law (TF 10:7, 8).

The possibility of seizing information carriers at, for instance, publishers and printers, as described above, strikes the author as rather odd. Particularly since in

Sweden, as in Germany and England, the principle of confidentiality plays an important part where information carriers are seized in order to uncover the truth. In Sweden, there is a general prohibition on divulging the name of the author for any person who is involved in printing or editing. In the case of printing press offenses, the decision as to the degree of criminal responsibility is based on the contents of the printed matter only. The Swedish *Tryckfrihetsförordningen* has a system of limited (vicarious) liability. The reasoning behind this limited form of liability is that a person must be free to write whatever he or she wants. When the prohibition on divulging the name of the author is not linked to the prohibition of seizure, this principle is in effect eroded.

The procedural aspects of seizure are also incorporated in the TF. One of the procedural aspects is the legal proceedings in case of printing press offenses, which differ from regular legal proceedings. Printing press offenses and offenses involving freedom of speech are generally brought before the district courts (*tingsrätter*) of the larger cities. Proceedings distinguish themselves from ordinary proceeding in that there is a jury. In proceedings involving freedom of the press and freedom of speech, the court comprises a panel of two to three professional jurists and a jury (Act of 1991: 1559, 9:1). Trial by jury is one of the most striking characteristics in these proceedings. The reason for introducing a jury system is that cases involving freedom of speech and the press often have social and political implications. It was held desirable that a jury of citizens render its opinion in these cases.

Chapter 5 Conclusion

1 Introduction

In the previous chapters, the author summarily describes the tension in the various legal orders between freedom of speech and the press on the one hand and the coercive measure of seizure provided for under criminal procedure on the other. In this chapter, the various legal systems are compared. For reasons of efficiency, a division is made between the substantive and procedural aspects of seizure for the purpose of uncovering the truth and the substantive and procedural aspects of seizure for the purpose of confiscation and removal from circulation.

2 Freedom of speech and the press and the substantive aspects of seizure for the purpose of uncovering the truth

Article 7(1) of the Netherlands Constitution prohibits censorship. This means that the national and delegated legislators may in no instance draft provisions for disclosure by prior consent or stipulations with regard to the content of thoughts or feelings. Only afterwards, upon publication, may the content of writings, pursuant to the clause

"subject to a person's responsibility under the law" be tested by the courts; 'law' meaning an Act of Parliament.

Protection as it applies to the right of disclosure differs from protection of the right to disseminate. The right to disseminate thoughts and feelings which is linked to the right to disclose may be curtailed by either an Act of Parliament or by regulations imposed by lower authorities. In the *Tilburg* judgment (HR 28 November 1950, NJ 1951, 137), the Netherlands Supreme Court differentiated between a right to disclose an opinion "*pertaining to the world of thought*" and the "*spatial dimension*" pertaining to the right to disseminate. The distinction developed by the Supreme Court has been adopted in article 7(1) of the 1983 Constitution. Before the Supreme Court's judgment, disclosure had been used as an umbrella term for everything from publication up to and including public dissemination. In the *Tilburg* case, the Supreme Court subsequently distinguished between disclosure and disclosure in public (dissemination). The right to disseminate as construed by the Supreme Court shares to a certain extent in the protection of the right to disclose, since a general ban or a licensing system is prohibited. In subsequent case law, the construction arrived at in the *Tilburg* case has been refined. Not only could freedom of dissemination not be subjected to a general prohibition nor be made contingent on prior consent, the restrictions should not exclude "*a significant degree of availability*" of the means of dissemination (the 'Nuth-criterion'). The coercive measure of seizure is an example of such a restriction of the freedom to disseminate. The problem under investigation is the relation between seizure and the freedom of speech and the press, more specifically the freedom of dissemination.

It is possible pursuant article 94 CCP to seize objects for the purpose of uncovering the truth. 'Information' on 'carriers' may also be seized. There exist no separate rules for information carriers involving freedom of speech and the press.

Such separate legislation already exist in Germany, where a distinction is made between objects and information carriers in cases of seizure for the purpose of uncovering the truth. Seizure of information carriers for this purpose is not possible where the carriers are held in confidence by privileged media workers or editorial offices, publishers, printers or radio- and television stations and the material has been obtained from third persons. Original material may be seized.

When the German rules are compared with the rules in England, the first thing worth noting is that the Police and Criminal Evidence Act 1984 also distinguishes between objects and information carriers. No distinction, however, is made between original material and material obtained from third parties. The principle of proportionality forms the only protection against too rigid a seizure. The police are, pursuant to PACE, for instance, not allowed under the principle of proportionality to retain or take into their custody information carriers if a photograph or a copy would be sufficient (S. 22(4) PACE). In *Reynolds v. Commissioner of Police of the Metropolis*, the Court of Appeal ruled that the police are not empowered to seize large quantities of documents without specifying that "*each file or bundle might reasonably constitute evidence*" ((1984) 3 All ER 649, CA). So, where seizure of either original material

or material obtained from others is concerned, there is implicit consideration for the freedom of speech and the press, but the legislator has stopped short of excluding material obtained from third parties that is held in confidence by privileged media workers, publishers, printers or radio or television stations from seizure.

In Sweden such material is also not excluded, which is all the more odd since in Sweden, as was pointed out earlier, the prohibition on divulging the name of the author plays a very significant part in cases of seizure for the purpose of uncovering the truth. Anyone involved in printing or publishing activities may invoke this principle. Since the prohibition on divulging the name of the author and seizure have not been coupled, the principle is in effect eroded. That they are not linked has probably to do with the purpose of the seizure, which is to restrict dissemination. Only copies intended for dissemination can be seized (TF 10:8). This means that copies that are present at a publisher or bookstore may be seized, but those in a library may not. In Sweden, it is in principle sufficient to seize a single copy for the purpose of uncovering the truth (TF 10:8, 14).

A comparison of the various legislations shows that the freedom of speech and the press is best protected under German law. In the Netherlands, amending article 94 CCP has been proposed to allow it to distinguish between objects and information carriers. Should the article be changed, information carriers are excluded from seizure involving journalistic work, which means that not only journalistic work would be exempt from seizure for the purpose of uncovering the truth, as is the case in Germany, but also, for example, work by film makers or authors. On the basis of Jurgens's Draft Journalistic Privilege Bill, journalists would no longer be obliged to disclose their sources. Both original material and materials obtained from others deserve legal protection. In this way, the difficult distinction made in German law between original material and material obtained from third parties could be avoided. Furthermore, if legislation determines that professional (journalistic) privilege prevails, the court in a given case could only interfere with this right on the grounds of a 'pressing need'. Seizure, in such a situation, could only be justified in exceptional cases, namely those in which serious bodily harm has been inflicted. This would exclude a defense of professional privilege. In such cases, first of all the question as to whether the police or judicial officers are reasonably able to gather the desired information themselves must be examined. This approach is in accord with the existing July 1981 directive issued by the Public Prosecutors (*procureurs-generaal*) at the Courts of Appeal, in which they recommend that seizure for the purpose of criminal investigation should on the whole be avoided so that "*journalists do their job as well as possible.*"

3 Freedom of speech and the press and the procedural aspects of seizure for the purpose of uncovering the truth

Under the present Dutch Code of Criminal Procedure, in principle, ordinary investigating officers are vested with special, not general, powers of seizure. Only in cases

in which they are confronted with an object subject to seizure in the exercise of another power, are they authorized to seize the object. Adopting the view of authoritative writers, the *Commissie herijking Wetboek van Strafvordering* (Government Commission reviewing the Code of Criminal Procedure) has proposed to confer a general power of seizure on all investigating officers in departure from article 96 CCP, with the sole restriction that, in circumstances other than those in which the offenders are caught *in flagrante delicto*, seizure must relate to an offense listed or referred to in article 67, section 1 Code of Criminal Procedure. Because of the vast number of these offenses, in practice, investigating officers' power of seizure will scarcely be restricted in future. The question arises as to whether it is desirable to vest the police, who have a strong interest in resolving criminal cases, with powers authorizing them to assess situations in which the right to freedom of speech and the press is at stake.

In Germany, the court is empowered to order the seizure of original material to uncover the truth (art. 98(1) StPO). Only in cases of *Gefahr im Verzug* are the Public Prosecutor and his deputy so empowered. *Gefahr im Verzug* obtains when the purpose of the measure is at risk, for instance, when "by undelayed dissemination, public interest" is jeopardized. However, an exception needs to be made for the seizure of original material from editorial offices, publishers, printers or radio- and television stations. In these cases, the court alone has the power to order seizure, also in the event of *Gefahr im Verzug*.

In England, as in the Netherlands, the police have the power to seize information carriers for the purpose of uncovering the truth. Only in those cases where seizure coincides with a search of the premises, has a special procedure been devised, under which the police apply for a 'production order' from the circuit judge, ordering the person possessing the evidence to surrender it to the police or to grant the police access to it. In complying with the order, the person in question can avoid a search of the premises. Unlike search warrants, production orders are always *inter partes*, which makes it possible to lodge a complaint with the court against a planned or completed seizure.

It can be concluded that Sweden differs in this respect from the other countries discussed; in cases involving freedom of speech and the press the power of seizure has not been granted to the police, but to the *justitiekansler* and the ordinary public prosecutor (TF 9:2). The latter must, however, notify the *justitiekansler* immediately of the seizure, and it is the *justitiekansler* who decides whether seizure is to be continued or lifted. For the purpose of uncovering the truth, the *justitiekansler* or the ordinary public prosecutor may seize materials prior to legal proceedings. Subsequently, he must lodge a complaint with the *tingrätter* (district court) in generally the larger cities within two weeks (TF 10:2). It is the district court that ultimately decides whether seizure is to be lifted or continued (TF 10:4, 5). Proceedings must be instituted within six months of the disclosure. Because of the issue involved, i.e. freedom of speech and the press, the limitation period is short. Proceedings differ from those in other cases in that there is a jury.

When comparing the situation in Germany, England and Sweden with that in the Netherlands, it can be concluded that the German and Swedish laws give the best protection to the principle of freedom of speech and the press. In Germany, it is the courts and the public prosecutors, rather than the police, who are empowered to seize original materials for the purpose of uncovering the truth (in case of *Gefahr in Verzug*). Only the courts have the power to seize original material from the media. In England and Sweden, such a distinction is not made. In England, the police are empowered in all cases. Only where seizure coincides with a search of premises, have additional safeguards been established for reasons of privacy rather than freedom of speech and the press. In Sweden, apart from the ordinary public prosecutor, a special prosecutor (*justitiekansler*) is charged with the seizure of information carriers. Such a seizure is a provisional measure. The *justitiekansler* must lodge a complaint (TF 10:2) within two weeks with the court at whose discretion it is whether the seizure is to be lifted or to be continued (TF 10:4, 5). A jury is involved in these proceedings. The question that arises is whether it is desirable to create such a special officer or to set up a jury in cases of information carrier seizure in the Dutch situation. Such a step would not be necessary if journalists were protected against seizure of both original material and that obtained from others by professional privilege. Only in cases of disturbances and serious bodily harm, for instance during demonstrations, would the police or judicial officers be allowed to gather the information required (where they have not been able to gather this information themselves) and professional privilege would not apply.

In addition to a comparison of the power of seizure in the various countries under study, a comparison can be made of these respective procedures. In Germany, England and Sweden, the procedure for seizure is a public one. Since the Judges' Chambers Procedure Review Act of November 1993 (Stb. 1993, 591), this is also the case for the Netherlands since the 1st of January 1994.

4 Freedom of speech and the press and the substantive aspects of seizure for the purposes of removal of objects from circulation and forfeiture

Besides seizure for the purpose of uncovering the truth discussed in the previous section, in the Netherlands there is also seizure for the purposes of forfeiture and removal of objects from circulation. When objects are seized to be forfeited, they are, upon the conviction of the offender, definitively removed from his control. Forfeiture, as known in the Netherlands, is a penalty which adversely affects the convicted person's assets. It is also an additional penalty which makes it an optional punishment. Since seizure is not legally required, the seizing officer is afforded broad discretion in deciding whether an object should be seized. The principles of due process, such as the principles of subsidiarity and proportionality must be duly regarded. Both the court and the investigating officers must heed these principles. Seizure may not take place where this would be 'clearly unreasonable.' This last criterion also applies

where objects are to be seized in order to remove them from circulation. Whether seizure is 'unreasonable' depends on the circumstances of each case. These principles are also respected in Germany. The principle of proportionality is expressly referred to art. 111m(1) StPO.

In England, as in the other countries under investigation, the principle of proportionality is observed.

In Sweden in principle, an entire edition may be seized (TF 10:8), be it that, where possible, the principle of proportionality must be applied (TF 10:6).

In comparison, it can be concluded that in all countries under investigation the principle of proportionality is operative. The principle of proportionality is also applied by the European Court of Human Rights, since interference with the freedom of speech and the press must satisfy the condition of being "*necessary in a democratic society*." This means that a "*pressing social need*" must exist and that the degree of interference must be proportional to the weight of the interest served by it. The ECHR may not readily consider seizure of an entire edition of writings or films, or removal from circulation or forfeiture of these information carriers, "*necessary in a democratic society*", particularly not in those cases involving publications and persons which foster public debate.

5 Freedom of speech and the press and the procedural aspects of seizure for the purposes of forfeiture and removal from circulation

In the Netherlands, the procedure for seizing objects for the purpose of forfeiture or removal from circulation is the same as for seizure to uncover the truth.

In Germany procedures differ. For the purpose of *Einziehungsbeschlagnahme*, art. 111n(1) StPO specifies the persons empowered to seize information carriers: the judge and Public Prosecutors ('Gefahr im Verzug'), but not their deputies, are empowered to seize such materials as books and tape recordings. Under art. 74d of the German Penal Code (StGB), the judge is vested with the power to seize newsmagazines, because seizure of, often time-sensitive, material may have grave consequences for a publisher's economic survival, especially when an entire edition is seized. The procedure is the same as for seizure for the purpose of uncovering the truth.

In England, the legal procedure for seizure of information carriers for the purpose of removal from circulation or forfeiture is not regulated by PACE, but by the Obscene Publications Acts 1959 and 1964 and the Public Order Act 1986. Where state secrets, public order matters or obscene publications are involved, the special procedural protection created for search and seizure under PACE is not applicable. The Obscene Publications Acts and the Public Order Act do not provide a 'special procedure'. Where state secrets, public order matters or obscene publications are involved, more far-reaching interference with the freedom of the speech and the press is allowed. Frequently, interference with the freedom of speech and the press occurs even

prior to publication through the institution of civil proceedings, which makes it possible to impose several forms of 'prior restraint'.

Except for these civil proceedings, the freedom of speech and the press is restricted by an informal system of control such as the Services, Press and Broadcasting Committee, the British Board of Film Censors and the 'D-notices'. Through this informal system, documents may even be censored before publication and/or dissemination. Apart from being a form of unadulterated censorship, it also blocks people from seeking a court decision and is therefore even less acceptable than the civil proceedings frequently instituted to prevent publication.

Sweden has a similar informal system of control, which aims to 'promote journalistic ethics in newspapers and magazines.' The press ombudsman may address himself directly to an editor and request alterations. This makes the TF more restrictive in character. Furthermore, it is the *justitiekansler* who assesses whether a document contains 'alleged state secrets'. If so, he must lodge a complaint within two weeks (TF 10:2) with the court, which ultimately decides whether seizure should be lifted or continued (TF 10:4, 5). If judge and jury in the end decide that no alleged state secrets are at stake, the documents or films have, in any case, been out of circulation for a while.

In the Netherlands, fortunately, no such informal system of control exists. There is a formal system of control based on the Code of Criminal Procedure. Under this Code, regular investigating officers have, in principle, only special powers of seizure. They may only seize relevant objects when they are confronted with such objects in the exercise of another power. As stated earlier, authoritative writers have advocated vesting all investigating officers with general powers of seizure for the purpose of uncovering the truth in lieu of those provided in article 96 CCP, with the sole restriction that, except for situations in which the offender is caught *in flagrante delicto*, this would apply solely to the offenses as defined in article 67(1) CCP. Since a substantial number of offenses are referred to or specified in this section, in practice, investigating officers' power of seizure is rather broad. It is the author's view that the police, in whose interest it is to detect and resolve criminal offense, are not an appropriate body to decide on matters of freedom of speech and the press. That is why in Germany the legislator has differentiated between utterances made in news magazines and utterances made in, for example, films and books. Only the courts are empowered to seize news magazines, since such magazines are time-sensitive. Seizure of an entire edition may put a publisher's economic survival at risk. It is felt that judges are better equipped to weigh constitutional rights against the interests of the police in investigating and prosecuting alleged offense. Judges and Public Prosecutors ('Gefahr im Verzug') are empowered to seize such materials as films and books. Since criminal provisions, such as the provisions governing pornography and state secrets, are rather broadly formulated, the German legislator has opted in vesting the power to seize information carriers in Public Prosecutors ('Gefahr im Verzug') instead of the police, in order to avoid that information carriers seized

have to be handed back, because the Public Prosecutor subsequently fears that he may not be able to prove the case conclusively.

Of course, there are also drawbacks to vesting the power of seizure in judges and Public Prosecutors, as in Germany. Frequently, the illegally printed matter has disappeared in the intervening period. The reason why this regulation has nevertheless been made in Germany is that constitutional rights may be at stake, in this instance the freedom of speech and the press. These constitutional rights may be infringed upon by coercive measures, making it imperative to build in as many safeguards as possible in respect of the implementation of these measures. One safeguard is that in cases of seizure of non time-sensitive information, Public Prosecutors, rather than the police, are empowered to seize. Where time-sensitive information is concerned, only examining magistrates should have the power to seize, inasmuch as he or she is not only a law enforcer, but also a guardian of justice. Examining magistrates are in an even better position than Public Prosecutors to make a proper assessment of the interests involved. If the power to seize were to be vested in Public Prosecutors and examining magistrates, the risk that proceedings are not instituted, or only long after seizure, may perhaps be avoided. In particular, material with a news value should not be out of circulation for any longer than necessary.

6 Recommendations

To conclude this summary the recommendations made in the preceding chapters are summed up. As was said in the introduction to the conclusion, a comparison of different legal systems would enable the author to formulate a number of recommendations for improving the Dutch provisions in respect of seizure. As long as these provisions are not amended, the courts are left without any instrument to duly observe the right to freedom of speech and the press (art. 7 of the Constitution and art. 10 ECHR):

1. For the purposes of the Code of Criminal Procedure, 'objects' and 'information carriers' should be distinguished as is done in Germany, England and Sweden. A bill introduced by the Dutch MP Jurgens proposes that, where journalistic work is concerned, seizure of information carriers for the purpose of uncovering the truth should be prohibited. The accent is on 'information' in this case and not on 'carriers', as in the Dutch Computer Offences Act. It is information that the police are after, not the carriers of such information. Not only original materials, as in Germany, but also materials obtained from third persons should enjoy legal protection. As a result of a statutory regulation of journalistic privilege, judges would only have the power to interfere with this privilege in cases of pressing reasons. Consequently, seizure would only be justified in extraordinary circumstances, namely in those cases, in which serious bodily harm is inflicted. To begin with, an assessment has to be made as to whether the police are not reasonably capable of gathering the information

themselves. If they are not reasonably capable of doing so, they may seize materials, however, in due observance with the principles of proportionality and subsidiarity.

2. In the case of seizure for the purposes of forfeiture or removal from circulation, a balanced distinction should be made, based on the German example, between time-sensitive and non time-sensitive information. In case of time-sensitive information, the power of seizure is to be vested in the examining magistrates. Where the seizure of non-time-sensitive information is concerned, powers should rest with the Public Prosecutors. In addition, a distinction should be made between discussions of public matters and discussions of non-public matters. According to the European Court of Human Rights, public debate warrants protection. Seizure for the purpose of forfeiture or removal from circulation will be readily assumed to be disproportionate in cases of public debate. The European Commission of Human Rights holds that also in cases of writings offending public decency, the disproportionality of the seizure should be assessed. In the *Müller* case, the Commission felt that confiscation of all the paintings was disproportional and not 'necessary in a democratic society.' The Commission's opinion corresponds with the author's view that both preventive interference, such as seizure, and repressive interference, such as removal from circulation and forfeiture, should not render dissemination of information carriers impossible, unless there is a demonstrable causal link between the speech and physical violence. Seizure and forfeiture, or, as the case may be, removal from circulation, must not take place in cases involving public debate.